

du 18 mars 2003

dans la cause

B. ARCHITECTES
ASSOCIATION GENEVOISE D'ARCHITECTES
ATELIER D'ARCHITECTURE B. & B.
représentés par Me François Bellanger, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'ÉQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

_____ et

BR. ARCHITECTES

EN FAIT

1. Le 9 avril 2002, la section des achats et des transports (ci-après: la SAT) de l'office des nations unies à Genève (ci-après : l'ONUG) a invité sept bureaux d'architectes à soumissionner pour l'adjudication d'un marché relatif au projet de transfert du club international de tennis (ci-après : le CIT) administré par la section du bâtiment, parcs et jardins de l'ONUG, afin de libérer le terrain pour la reconstruction d'un établissement scolaire, le collège Sismondi.

Il ressort notamment de ce document que l'offre devait être remise au plus tard le 13 mai 2002 à 15h00 au bureau 50 de l'ONUG, tout délai résultant de la remise des plis au "trilage central ou au bureau de la sécurité de l'ONUG ou tout autre lieu étant de la seule responsabilité du soumissionnaire". Toute offre reçue au-delà de la date et de l'heure prescrites ne pourrait être prise en considération. L'ouverture publique des plis aurait lieu ce même 13 mai 2002 à 15h15 dans la salle désignée à cet effet. Les documents remis aux soumissionnaires contenaient l'indication de trois critères :

- qualité architecturale
- montant et crédibilité de l'offre
- qualité du dossier, sans mention de la pondération.

Le 29 avril 2002, la SAT a informé par télécopieur l'un des bureaux pressentis qu'il n'était pas encore décidé si la commande serait passée par les autorités genevoises ou par l'ONUG.

2. Le 13 mai 2002, M. J. B., pour l'atelier d'architecture J. B. et F. B. société simple (ci-après : l'atelier B. et B.), s'est présenté à l'ONUG de même que M. C. S. pour la société atelier d'architecture B. S.A. (ci-après : atelier d'architecture B.). À 15h00 toujours, MM. S. R. et P.-A. B. pour la société BR. ARCHITECTES S.à.R.L. (ci-après : BR. ARCHITECTES), se trouvaient encore devant la guérite de l'ONUG où se déroulent les formalités pour le contrôle des personnes. Leur offre a été remise ultérieurement aux fonctionnaires de l'ONUG, en présence des autres soumissionnaires.

3. Les trois dossiers des bureaux parties à la

présente procédure et un quatrième ont été remis le lendemain au département de l'aménagement de l'équipement et du logement (ci-après : le DAEL).

4. Par pli du 27 mai 2002, le DAEL a invité les soumissionnaires à une audition qui devait avoir lieu le 10 juin de la même année. En annexe, le DAEL a fourni la composition du "collège d'auditeurs" composé de quatre représentants du CIT, d'un architecte et d'un représentant de l'ONUG ainsi que de cinq délégués du DAEL. Il était encore précisé que la Ville de Genève avait renoncé à déléguer un représentant.
5. Le 13 juin 2002, le DAEL a informé les soumissionnaires qu'une décision serait prise à la fin du mois de juillet, puis par lettre du 26 juillet 2002, ces mêmes soumissionnaires ont été informés que le choix d'un mandataire leur serait communiqué au début du mois de septembre de la même année.
6. Par lettre de la SAT, datée du 20 septembre 2002 et reçue par l'atelier B. et B. le 24 du même mois, les soumissionnaires ont été informés de l'issue de la procédure. Il est ressorti des enquêtes que le bureau BR. ARCHITECTES avait été désigné comme adjudicataire.
7. À dire des ateliers recourants, ceux-ci ont reçus après que la décision querellée a été rendue, le "rapport du collège d'experts" édité par le DAEL au mois d'août 2002. Il en ressort notamment qu'outre le collège "d'auditeurs" déjà mentionné, fonctionnait également un "collège d'experts" constitué de quatre personnes, soit le président du CIT, un architecte et deux représentants du DAEL. Ces quatre experts faisaient également partie du groupe "d'auditeurs". Des sept ateliers d'architecture invités à soumissionner, seuls quatre l'avaient effectivement fait. Ce rapport contient aussi des indications quant au poids relatif accordé à chacun des critères soit :
 - qualité architecturale 70 %
 - montant et crédibilité de l'offre 20 %
 - qualité du dossier 10 %.

Dans une partie subséquente, étaient exposés les sous-critères rattachés à certains des trois critères principaux soit :

- qualité du projet;
 - parti architectural : volume, implantation;
 - fonctionnement : prise en compte du programme;
 - implantation dans le site;
 - développement durable;
 - coût du projet;
- montant et crédibilité de l'offre;
 - forfait, tarifs, estimation du nombre d'heures
- qualité du dossier de demande de soumission;
 - (néant).

Il était encore fait mention de l'audition de tous les soumissionnaires du 10 juin 2002, le collège d'experts ayant entendu à nouveau le 4 juillet 2002 BR. ARCHITECTES. À l'occasion de cette seconde réunion, BR. ARCHITECTES a présenté, selon le rapport des experts, un complément d'information technique, la maquette d'étude, des détails de construction, le concept CVCE, le coût provisionnel de l'ouvrage et un planning prévisionnel d'exécution.

Le rapport lui-même n'est pas signé des seuls quatre membres du collège d'experts, mais il y figure encore la signature du représentant de l'ONUG, M. C., et d'un troisième fonctionnaire du DAEL, M. R..

Quant au montant de référence, il a été arrêté à CHF 430'650.- en page 14 dudit rapport : "cette moyenne représentait un montant de référence crédible, qui correspondait aussi à une réalité économique acceptable pour l'adjudication et pour le futur adjudicataire".

8. Le 4 octobre 2002, l'atelier B. et B., classé troisième, et l'atelier d'architecture B., classé quatrième, ainsi que l'association genevoise d'architectes ont recouru contre la décision d'adjudication du 20 septembre 2002. Ils concluent à titre préalable à ce qu'il soit fait interdiction à la SAT et au DAEL de conclure le contrat avec l'adjudicataire et demandent la production du dossier complet de la procédure d'adjudication. Sur le fond, les recourants demandent l'annulation de la décision d'adjudication du 20 septembre 2002, le renvoi de la

cause à l'ONUG pour attribution du marché à l'atelier B. et B., le tout avec suite de frais et dépens. À titre subsidiaire, ils demandent que le tribunal constate l'illicéité de ladite décision d'adjudication et condamne la SAT à des dommages et intérêts, que le tout avec suite de frais et dépens.

L'association genevoise d'architectes a déposé un exemplaire de ses propres statuts comportant notamment au titre des buts, celui d'agir en justice dans le cadre de ses activités y compris dans le domaine des marchés publics et le procès-verbal de l'assemblée du 16 septembre 2002, aux termes duquel l'assemblée générale donnait son accord pour la constitution d'un avocat et le dépôt d'un recours.

9. Le 8 octobre 2002, le président du Tribunal administratif, statuant par voie de mesures provisionnelles, a appelé en cause le DAEL et lui a fait interdiction ainsi qu'à la SAT de passer le contrat litigieux, considérant que le montant de référence était de CHF 430'650.- et que la valeur seuil selon l'article 7 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 24 novembre 1994 (l'accord ou l'AIMP - L 6 05) était atteinte et que le marché en question était financé - prima facie - à plus de 50 % par une collectivité publique. Il a imparti un délai aux parties intimées pour se déterminer sur la question du subventionnement des travaux par le canton de Genève ou par toute autre collectivité de droit public.
10. Le 24 octobre 2002, le DAEL s'est déterminé. Le coût total de l'opération de déplacement des constructions et équipement exploités par le CIT était estimé à CHF 4'000'000.-. Le canton de Genève avait décidé de subventionner ces travaux pour un montant de CHF 1'500'000.-, selon une loi adoptée le 21 février 2002. Quant à la Ville de Genève, elle devait y participer également pour un montant de CHF 1'500'000.- pour autant que le conseil municipal de cette commune approuve la proposition faite en ce sens par le conseil administratif le 19 mars 2002. Le DAEL conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité du recours.
11. Le 12 novembre 2002, les ateliers d'architectes recourants ainsi que l'association genevoise d'architectes, de même que le DAEL ont été convoqués à une audience de comparution personnelle des parties devant se tenir le 13 du mois suivant. Le bureau

d'architectes retenu par la SAT à l'issue de la procédure litigieuse a été appelé en cause et l'ONUG a été invitée à se déterminer sur l'opportunité d'être entendue à titre de renseignements, l'invitation lui étant transmise sous couvert du conseiller de la mission permanente de la Suisse auprès de l'ONU et des autres organisations internationales.

12. Le 13 décembre 2002, le tribunal a procédé à l'audition des parties en cause. Par la voix de M. B., BR. ARCHITECTES a reconnu avoir reçu la communication du tribunal du 12 novembre 2002, mais n'y avait pas donné suite, s'agissant de s'exprimer par écrit sur le litige. Tous les architectes présents ont convenu avoir reçu une lettre les priant de se présenter pour l'ouverture des offres le 13 mai 2002 à 15h00. L'offre du bureau BR avait bien été remise aux fonctionnaires de l'ONUG en présence des autres soumissionnaires au-delà de quinze heures.

M. B. a convenu que son bureau n'avait pas indiqué le bureau d'ingénieurs dans son offre proprement dite. Celle-ci avait été complétée sur ce point le 10 juin 2002. Quant au représentant de l'atelier d'architecture B. ARCHITECTES, il a exposé avoir rencontré à trois ou quatre reprises avant le dépôt de l'offre, les représentants du bureau d'ingénieurs civils ESM. Il a estimé à six heures le travail fait en réunion, sans y inclure le temps de travail propre au bureau d'ingénieurs. Après le dépôt des offres, son bureau avait été approché par les ingénieurs civils, qui lui avaient appris que le bureau BR leur demandait de collaborer, car il devait compléter sa propre offre. On pouvait comprendre de cette conversation que le contact entre BR. ARCHITECTES et les ingénieurs civils n'avait eu lieu qu'après le dépôt des offres, sur demande du DAEL.

Dûment et à plusieurs reprises interrogée sur ce point par le tribunal, Mme L., représentant le DAEL, a admis que le 4 juillet 2002, le collège d'experts avait réentendu le bureau BR. ARCHITECTES, alors que tous les soumissionnaires avaient déjà été entendus par les auditeurs le 10 juin 2002. Interrogée sur la question des personnes ayant signé le rapport du collège d'experts, Mme L. a soutenu que le collège d'auditeurs ne s'était réuni qu'à une seule reprise et que MM. C. et R., membres du groupe des "auditeurs" avaient signé le rapport des experts sans faire partie de ce dernier groupe pour autant. En outre, M. C. n'avait pas apposé sa signature au même moment que les cinq autres personnes, car il

était empêché lorsque les autres membres avaient approuvé le rapport. Elle a admis que le montant de référence figurant en page 14 du rapport était la simple moyenne arithmétique des quatre offres déposées, hors TVA. Pour le DAEL, il ne s'agissait pas de la valeur du marché, mais de la moyenne des offres.

13. Le 21 janvier 2003, l'association genevoise d'architectes a déposé une attestation selon laquelle elle était forte de septante trois membres payants pour l'année 2002 et que l'appel de cotisation avait été effectué le 9 avril 2002. Elle a encore fourni une liste de ses membres à jour le 28 octobre 2002 comportant 104 noms dans lesquels étaient inclus les membres honoraires et ceux en congé.
14. Le 30 janvier 2003, le DAEL a déposé ses observations, de même que les offres originales des deux bureaux d'architectes recourants et de l'adjudicataire. Le DAEL persiste dans ses conclusions en irrecevabilité du recours et expose que si le tribunal devait admettre l'applicabilité de l'AIMP et/ou de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 934.02), l'ensemble de la procédure devrait être annulé.
15. Le 18 février 2003, le greffe du tribunal a informé les parties que la cause était gardée à juger malgré la demande des recourants de procéder à un second échange d'écritures sur la question de la valeur du marché litigieux.
16. Il sied ici de mentionner que par courriers des 8 et 9 octobre 2002, ainsi que 12 novembre 2002, de même que 12 décembre 2002 et 21 et 30 janvier 2003, et enfin 18 février de la même année, le greffe du tribunal a tenu la mission permanente de la Suisse auprès de l'ONU et des autres organisations internationales au courant de la présente procédure.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif examine d'office et librement la recevabilité du recours.
 - a) Selon l'accord sur les privilèges et immunités de l'organisation des Nations unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'organisation des Nations unies les 11 juin et 1er juillet 1946 (RS -

0.192.120.1), l'organisation des Nations unies ne peut être traduite devant les tribunaux suisses sans son consentement exprès (art. premier alinéa 2). [B

Cette organisation n'a pas donné d'accord quant à sa propre participation à la procédure. En conséquence, les conclusions prises par les recourants tendant à l'annulation de la décision d'adjudication du 20 septembre 2002, au renvoi de la cause à l'ONUG et à la condamnation de cet office au paiement de dommages et intérêts, ainsi qu'à celui des frais de la procédure et à une indemnité sont irrecevables. Le tribunal de céans se contentera de constater que l'ONUG est hors de cause.

b) L'autorité cantonale intimée conclut à l'irrecevabilité du recours au motif que la valeur seuil selon l'article 7 alinéa premier lettre b AIMP et l'annexe 3 au règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (le règlement - L 6 05.01) soit CHF 383'000.- n'a pas été atteinte.

Selon une jurisprudence constante du tribunal de céans (ATA B. et consorts c/ Ville de Lancy du 10 octobre 2000 et V. du 5 octobre 1999) confirmée par celle d'autres tribunaux cantonaux (pour le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel : RDAF 2002 I 508 consid. 2b p. 510 et pour la Cour de droit public du canton du Valais : RVJ 2002 79 consid. 2c p. 80), la valeur du marché ne peut être objectivement évaluée qu'en retenant la moyenne des offres.

En l'espèce, le collège des experts a fixé le montant dit "de référence" qui correspond à la moyenne des offres reçues. La représentante de l'autorité intimée, qui avait participé également au collège d'experts, était donc particulièrement peu fondée à soutenir au cours de la comparution personnelle des parties que le montant de CHF 430'650.- ne reflétait pas la valeur du marché.

Le recours est donc recevable de ce point de vue.

c) Les enquêtes ordonnées par le tribunal ont porté notamment sur la question de savoir si le coût total du marché public litigieux était subventionné à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 8 alinéa premier lettres a et b et alinéa 2 AIMP, soit pour la présente cause un état cantonal ou des communes.

Il résulte des enquêtes que le coût total du transfert du CIT est estimé à CHF 4'000'000.-, somme à laquelle contribuent le canton de Genève pour CHF 1'500'000.- et la Ville de Genève pour CHF 1'500'000.- également.

Le marché public litigieux est ainsi financé à 75 % environ par des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'AIMP et il est donc soumis lui-même audit accord.

d) La question de la qualité pour agir de l'association genevoise d'architectes, qui possède la personnalité juridique, peut rester indécise malgré le contenu de ses statuts, son fonctionnement effectif et le fait qu'elle représente de manière statutaire des architectes susceptibles d'être touchés par des décisions en matière de marchés publics : vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de décider si un grand nombre de ses membres auraient eux-mêmes la qualité pour agir. Cette question ne peut en effet être résolue en l'espèce, la procédure n'ayant pas débuté par un appel d'offres public.

e) Il faut noter enfin que si la procédure suivie était assimilée à un concours, la compétence des autorités désignées par le droit interne des marchés publics serait quand même donnée (Cf. Christian PFAMMATTER, Concours et marchés publics, RDAF 2002 I 439-460, not. p. 447 et 453).

2. Dans un de ses moyens, l'autorité intimée soutient que les recourants ne peuvent se plaindre du choix de la procédure, dès lors qu'ils ne l'ont pas contestée dès qu'ils en ont eu connaissance. Elle cite à cet égard la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il appartient au concurrent concerné d'exprimer clairement sa désapprobation à l'égard d'une règle qu'il jugerait contraire aux principes régissant les marchés publics. Il est constant que ces principes ont été rappelés par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 23 décembre 1998 dans une cause ayant trait à une procédure sélective (ATF 127 I 203). Il ressort du corps de cet arrêt (cf. not. consid. 3a p. 206) que les concurrents doivent manifester à temps leur désaccord avec les règles de la procédure. Faute de quoi, ils violent le principe de la bonne foi (eodem loco p. 207). Encore faut-il pour qu'elles soient contestables que des règles soient connues. Or, en l'espèce, l'un au moins des recourants s'est inquiété au

mois d'avril 2002 des règles selon lesquelles le marché serait conclu. Il lui a alors été répondu par la SAT qu'il n'était pas encore établi si la commande serait passée par les autorités genevoises ou par l'ONUG. On ne saurait dans ces conditions faire grief au concurrent évincé de saisir la juridiction étatique une fois seulement qu'il a cru comprendre que le marché public concerné pouvait être soumis à l'AIMP, voire à d'autres règles de droit interne, fédéral ou cantonal.

Comme le relève l'autorité intimée, le marché litigieux aurait dû être attribué par le biais d'un appel d'offres public. Nonobstant la question de la recevabilité de griefs liés au choix de la procédure, il faut admettre avec l'autorité intimée que le marché a été conclu en violation du droit.

3. Les recourants se plaignent notamment d'une violation du principe de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires contenu dans l'article premier alinéa 2 lettre b AIMP. Ce principe est précisé à l'article 11 lettre a AIMP, selon lequel l'égalité de traitement entre les soumissionnaires doit être garantie.

Selon la jurisprudence, l'autorité ne peut demander à un soumissionnaire que des explications limitées, destinées à préciser certains points de son offre, mais non à la modifier sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents. Il faut considérer qu'une mise au point technique est admissible, mais pas une modification de l'offre (RJN 2000 245 consid. 3a p. 248).

En l'espèce, il est établi que le collège d'experts a rencontré à nouveau des représentants du bureau adjudicataire. Il est établi également sur la base des déclarations des parties lors de l'audience de comparution personnelle du 13 décembre 2002, que le bureau adjudicataire a fourni des indications concernant les services d'un ingénieur civil, postérieurement au dépôt de son offre, alors même que les recourants avaient fourni ces indications avec leur offre elle-même, comme cela ressortait des exigences de la SAT.

Les informations complémentaires fournies par le bureau adjudicataire après le dépôt des offres ne peuvent plus être considérées comme des explications limitées. Il s'agit en fait d'informations complémentaires, qui conduisent à la modification des bases de l'offre telles

qu'elles étaient demandées par le pouvoir adjudicateur, en violation des articles premier et 11 AIMP.

4. Les recourants se plaignent encore de ce que la pondération des trois critères d'adjudication retenus par le pouvoir adjudicateur n'était pas connue des soumissionnaires lors du dépôt des dossiers. Ils critiquent également la prise en compte de sous-critères, qui n'avaient pas été mentionnés dans la documentation remise aux soumissionnaires.

Il est de jurisprudence que le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires pourrait être faussé si le pouvoir adjudicateur modifie librement au cours de la procédure de passation d'un marché, les critères d'adjudication, de même que leur valeur respective. S'il n'est pas interdit au pouvoir adjudicateur d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication par rapport à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères, il est toutefois nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 102; RDAF 2000 I 389 consid. 6 p. 396 et l'arrêt cité). Selon la doctrine, il est contraire au droit des marchés publics d'introduire, au stade de l'analyse des offres, des facteurs de pondération non annoncés qui faussent l'ordre d'importance des critères d'adjudication fixés par le cahier des charges (Olivier REDONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I 387, p. 406).

Il est incontesté que les trois critères principaux (qualité architecturale, montant et crédibilité de l'offre et qualité du dossier de soumission) étaient connus des soumissionnaires. En revanche, la pondération leur était inconnue, de même que le choix des différents sous-critères. Or, si la mention "ordre d'importance" figure bien avant l'énumération des critères, elle ne permet pas aux soumissionnaires de savoir quel sera le poids relatif des différents critères. Le rapport de 7 à 1 entre le premier et le dernier est si important qu'il faut voir dans l'absence d'informations une violation du principe de la transparence. Pour ce motif également, il faut admettre que le marché litigieux a été attribué en violation des règles sur les marchés publics dans les circonstances précises du cas d'espèce, les bureaux invités à soumissionner étant dans l'ignorance de la nature précise

de l'autorité adjudicatrice et des règles procédurales qui seraient retenues.

5. Il n'y a pas lieu de se pencher plus avant sur les autres critiques formulées par les recourants à l'égard de la décision litigieuse, notamment celle ayant trait à l'application de la LMI.
6. Selon les articles 18 alinéas 1 et 2 AIMP et 3 alinéa 3 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0), la juridiction compétente peut soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision. Elle peut encore constater le caractère illicite de la décision.

En l'espèce, comme on l'a vu, le tribunal de céans ne peut ni annuler la décision prise le 20 septembre 2002 par le pouvoir adjudicateur, puisque celui-ci bénéficie de l'immunité de juridiction, ni lui renvoyer le dossier avec des instructions impératives pour les mêmes motifs, ni attribuer le marché à un autre soumissionnaire. Le Tribunal administratif peut en revanche constater le caractère illicite de la décision litigieuse, au regard des normes impératives de droit interne, tant fédéral que cantonal. Si la collectivité publique partie à la procédure participait effectivement au financement du déplacement des installations sportives dans le cadre de la décision du 20 septembre 2002, elle le ferait en violant le droit tant concordataire que cantonal.

7. Pour les motifs déjà exposés, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la demande de dommages et intérêts présentée par les recourants à l'encontre d'une partie qui jouit d'une immunité absolue de juridiction. Il en va de même de la conclusion des recourants à la condamnation de cette institution aux frais et dépens, dès lors que toutes les conclusions condamnatoires auraient dû être dirigées contre le canton de Genève.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal administratif :

dit que l'office des Nations unies à Genève est hors de cause;

constate le caractère illicite de

la décision du 20 septembre 2002;

déclare le recours irrecevable
pour le surplus;

dit qu'il n'est pas perçu
d'émolument, ni alloué d'indemnité;

communique le présent arrêt à
Me François Bellanger, avocat des recourants, au
département de l'aménagement, de l'équipement et du
logement, à la société BR. ARCHITECTES S.à.R.L. et pour
information seulement au conseiller juridique de la
mission permanente de la Suisse auprès de l'ONU et des
autres organisations internationales.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani,
Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffier :

Mme M. Oranci